FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ALAIN DUTHEILLET DE LAMOTHE FREMSAT DEN 21. JANUAR 1971

Høje Ret.

Tvisten, der har givet anledning til det spørgsmål, som Domstolen skal udtale sig om i dag, kan kort sammenfattes således.

Et amerikansk selskab, selskabet Mark Allen, som har specialiseret sig i toiletartikler, anmeldte i 1931 og fik i 1933 i Italien registreret et varemærke kaldet Prep, som dækkede et barbercreme-produkt.

Ved en kontrakt fra 1937, som jeg straks skal komme tilbage til, overdrog selskabet Mark Allen det pågældende mærke for Italien til selskabet Sirena.

Ifølge det dokument, som findes i sagsakterne, indeholdt kontrakten ingen overdragelse af fremstillingsmåder, teknik eller »know-how«.

Selskabet Sirena fremstillede altså et produkt, som det solgte i Italien under mærket Prep; senere foretog selskabet dels en fornyelse af varemærketretten i eget navn, dels en anmeldelse af to andre varemærker med teksten Prep-Good Morning samt andre figurer.

På et ikke kendt tidspunkt tillod selskabet Mark Allen imidlertid et tysk selskab at benytte sit mærke i Forbundsrepublikken Tyskland.

Det sidstnævnte selskab solgte altså barbercreme med de samme varemærker.

Så længe det kun solgte cremen i Forbundsrepublikken, reagerede selskabet Sirena ikke, men da det tyske selskab via et import-eksport-selskab, Novimpex, begyndte at sælge sine produkter på det italienske marked til en langt lavere pris end Sirenas, anlagde dette sag ved de kompetente italienske domstole mod importøren og forhandlerne for misbrug af de tre mærker, som det havde anmeldt.

Importørernes advokater gjorde herefter ved Tribunale civile di Milano gældende, at EØF-traktatens artikler 85 og 86 retligt hindrede udøvelsen af de rettigheder, som selskabet påstod at udlede dels af kontrakten af 1937 mellem Sirena og selskabet Mark Allen, dels, og mere i almindelighed, af den italienske varemærkelovgivning.

Stillet over for denne tvist har den italienske ret forelagt Domstolen følgende fortolkningsspørgsmål:

1. Rammer EØF-traktatens artikler 85 og 86 retsvirkningerne af en kontrakt om overdragelse af et varemærke, som er indgået før traktatens ikrafttræden?
2. Skal de ovennævnte artikler 85 og 86 fortolkes således, at de hindrer indehaveren af et varemærke, som lovligt er anmeldt i en medlemsstat, i altid at påberåbe sig den tilsvarende ret til at forbyde tredjemænd at indføre sådanne produkter fra andre af Fællesskabets lande, som oprindelig var lovligt forsynet med det samme mærke?

Disse spørgsmål gør det først nødvendigt at forudskikke en bemærkning.

En af vanskelighederne ved den foreliggende sag ligger faktisk i, at det i national ret endnu ikke er kommet til en afklaring af i hvert fald tre vigtige spørgsmål angående sagens realitet:

1. Er de mærkerettigheder, som Sirena påberåber sig, helt eller delvist afledte ret-

tigheder, for nu at bruge den på dette område sædvanlige terminologi, eller er der derimod tale om originære rettigheder?

2. Skal — under hensyn til italiensk lovgivning og retspraksis — parallelimport af et i udlandet lovligt anmeldt varemærke sidestilles med misbrug? Det er Domstolen bekendt, i hvor høj grad retspraksis i de forskellige medlemslande er modstridende på dette punkt og endog undertiden forekommer svingende. Et eksempel herpå er en nylig afsagt dom af 17. april 1969 fra Frankrigs Cour de Cassation, Societé Radio Téléhall. Dommen synes at indlede en fuldstændig kursændring i praksis om dette spørgsmål, med hensyn til hvilket de franske og italienske retter havde valgt samstemmende løsninger, som for øvrigt var meget forskellige fra dem, der bestod i de fire andre medlemsstater.

3. Hvad endelig angår de afledte rettigheder, som Sirena muligvis kan påberåbe sig: kunne kontrakten af 1937 mellem dette selskab og Mark Allen — fordi den ikke synes at indeholde bestemmelser om overdragelse af know-how-lovligt tildele Sirena rettigheder, når henses til den på daværende tidspunkt bestående italienske lovgivning? Dette har givet anledning til langvarige drøftelser mellem parterne.

Der er naturligvis her tale om problemer, som kun den nationale ret er kompetent til at løse, men den nævnte usikkerhed med hensyn til visse faktiske omstændigheder angående sagens realitet må efter min mening — hvis Domstolen ønsker, at dens svar virkelig skal hjælpe den italienske ret — føre til en sådan formulering af svaret, at der opnås klarhed over fællesskabsrettens rækkevidde uanset de løsninger, som den nationale ret foranlediges til at vælge med hensyn til de forskellige realitetsspørgsmål, som jeg har formuleret ovenfor.

Med udgangspunkt i denne bemærkning skal jeg foreslå Domstolen, at den, uden slavisk at følge den orden, hvori den italienske ret har stillet sine spørgsmål, giver en besvarelse af disse spørgsmål i tre punkter.

Det første bør efter min opfattelse bestå i at gøre det klart for den nationale ret, at der på varemærkeområdet gælder de principper, som allerede er fastlagt i Domstolens praksis på patentområdet, og hvorefter udøvelsen af de rettigheder, som en medlemsstats lovgivning tillægger en mærkeindehaver — selv om ikrafttrædelsen af Rom-traktaten på intet punkt har påvirket eksistensen af disse rettigheder — ikke desto mindre begrænses af traktatens artikler 85 og 86.

Det andet og tredje punkt skal bestå i en præcisering af sidstnævnte udtalelse, idet der gives den nationale ret oplysning om nogle af de vigtigste situationer, hvori en mærkeindehavers udøvelse af sine rettigheder kan være omfattet af traktatens artikler 85 og 86.

Med forlov skal jeg komme tilbage til hvert enkelt af ovennævnte punkter.

I

Hvad angår det første punkt er det min opfattelse, at den grundsætning, som opstilles i Parke Davis-dommen på området for opfindelsespatenter, bør udvides til også at omfatte varemærkeretten.

Som det vil erindres, betyder den nævnte grundsætning, at rettigheder, som indrømmes efter national lov, ikke berøres i deres eksistens, selv om deres udøvelse kan være begrænset af Rom-traktatens bestemmelser. Nu er de økonomiske og endda næsten moralske eller i hvert fald menneskelige grunde, som taler til gunst for denne løsning for opfindelsespatenterne, betydeligt mindre vægtige end for varemærkeretten, og jeg skal ikke lægge skjul på, at dette er et punkt,

som har fået mig til at tøve en smule med at foreslå Domstolen at anvende de samme løsninger på varemærkerne som for patenterne.

De forskellige nationale loves beskyttelse af opfindelsespatenter såvel som af mærkeretten hviler på én og samme grundlæggende tanke om territorialitet, og det bør tilstræbes at bringe denne i overensstemmelse med de fundamentale principper og mål for fællesmarkedet hvad angår de frie varebevægelser.

Dette er nemmere at gøre på patentområdet end på mærkeområdet.

De interesser, der skal beskyttes ved lovgivningen om opfindelsespatenter, er økonomisk og menneskeligt set mere respektable end dem, som sikres af et varemærke.

Med hensyn til opfindelsespatentet er beskyttelsen heraf berettiget ved den interesse, som almenheden har i at begunstige og beskytte dels dem, som helliger sig nye videnskabelige og tekniske opdagelser, dels en konstant intellektuel aktivitet.

Det er dog klart, at disse betragtninger spiller en betydeligt mindre rolle på varemærkeområdet.

Oprindelig skulle mærkeretten sikre forbrugeren, at et givet produkt var af en vis kvalitet, men nu udvikler den sig mere og mere (udviklingen i national ret vidner herom) til blot at være en støtte for reklamevirksomhed.

Ud fra et menneskeligt synspunkt er det sikkert, at den gæld, som samfundet kan stå i til »opfinderen« af navnet Prep Good Morning, ikke er af samme karakter, for at sige det mildt, som den, der påhviler menneskeheden over for opfinderen af penicillinet.

På det økonomiske plan er situationen sandt at sige en smule anderledes. Ganske vist kræver udarbejdelsen af et varemærke, bortset fra ekstraordinære omstændigheder, ikke de investeringer og den tid, som udviklingen af et patent kræver. Imidlertid er der et aspekt, der ikke må overses: reklameomkostningerne. Nyligt foretagne undersøgelser i De forenede Stater viser, at reklamens andel af omkostningerne for visse masseforbrugsvarer kan nå op til 50 % af produktets salgspris. Det kan man beklage eller glæde sig over, men man kan under alle omstændigheder ud fra dette synspunkt spørge sig selv, om varemærkelovgivningen ikke tjener til at hindre denne form for »investeringsforskydning«, der følger af den mulighed, som en erhvervsdrivende har for at tjene på den reklame, der er iværksat af en af hans konkurrenter for et bestemt produkt, som publikum kun vil købe som følge af dets navn.

Sandt at sige må der imidlertid ikke tillægges dette økonomiske argument mere vægt, end det har.

Dels er den »investeringsforskydning«, der kan finde sted, nemlig snarere følgen af en bestemt opfattelse af varemærkeretten end en begrundelse af denne. Selskabet Sirena ville, dersom det kunne og ønskede at eksportere til Tyskland, profitere af det tyske firmas Prepreklame, ligesom dette sidste ville nyde godt af Sirenas reklame for det samme mærke i Italien.

Dels modificerer den meget store mobilitet blandt Europas indbyggere i dag hele problemkomplekset. Den tyske eller hollandske husmoder, der holder ferie i Spanien eller Italien, vil ofte efterspørge det vaskepulver, som hun har hørt eller set lovprist af reklamen i sit hjemland, og følgelig vil den italienske eller spanske mærkeindehaver have fordel af den reklame, som er gjort af de hollandske eller tyske mærkeindehavere. Det er uundgåeligt.

Sandt at sige er det især retlige overvejelser, som gør det vanskeligt at udøve forskelsbe-

handling i fællesskabsretlig forstand mellem patent og varemærke.

Det forholder sig nemlig således:

1. Varemærkeretten er ligesom patentretten en ejendomsret, dvs. at traktatens artikler 36 og 222, som Domstolen allerede har inddraget i sin praksis om patenterne, ligeledes kan finde anvendelse på varemærkeområdet.

2. I Grundig-dommen af 13. juli 1966 statuerede Domstolen allerede, at selv om udøvelsen af de rettigheder, der hjemles i den nationale varemærkelovgivning, kan begrænses ved traktatens artikler 85 og 86, berøres de ikke i deres eksistens af oprettelsen af fællesmarkedet.

Jeg mener derfor, at det er de samme principper, som skal finde anvendelse henholdsvis på patent- og på varemærkeområdet, bortset fra, at deres anvendelse måske skal nuanceres en smule.

Dette er altså grundene til, at jeg, ud fra et moralsk synspunkt, uden entusiasme men juridisk set uden anfægtelser, foreslår Domstolen at meddele den italienske ret i svarets første punkt, at det kun er udøvelsen og ikke eksistensen af de rettigheder, der indrømmes mærkeindehaveren i national lovgivning, der kan berøres af ikrafttrædelsen af Rom-traktaten.

II

Punkt to i Domstolens svar bør efter min opfattelse præcisere de omstændigheder, hvorunder udøvelsen af mærkerettighederne kan berøres af traktatens artikel 85, stk. 1.

I så henseende mener jeg, at der må sondres mellem tre muligheder:

Første mulighed: De påberåbte rettigheder afledes udelukkende af national lovgivning.
Anden mulighed: De påberåbte rettigheder afledes i det mindste delvist af en kontrakt, der ikke har andet formål eller anden virkning end at gøre det muligt for køberen af varemærket at opnå den beskyttelse, som efter national ret tilkommer den, der lovligt er blevet indehaver af et mærke.

Tredje mulighed: De påberåbte rettigheder følger af en kontrakt, som indeholder andre rettigheder eller pligter end dem, der nødvendigvis følger af national ret på varemærkeområdet, eller som forbinder sig med andre kontrakter, hvorved de samme kontraktsparter har forpligtet sig over for hinanden, eller eventuelt med tilsvarende kontrakter, som er indgået af den oprindelige varemærkeindehaver med andre licenshavere eller erhververe.

Jeg skal tillade mig at vende tilbage til hver af disse muligheder enkeltvis.

Med hensyn til den første mulighed mener jeg, at det er tilstrækkeligt, som Domstolen gjorde det med hensyn til opfindelsespatenterne i Parke Davis-dommen af 29. februar 1968, at konstatere følgende:

a) et varemærke betragtet for sig og uafhængigt af mulige aftaler herom, kan ikke sidestilles med nogen af de kategorier af karteller, der sigtes på med traktatens artikel 85, stk. 1, men følger af en lovmæssig status, som indrømmes af en stat, hvorfor det ikke opfylder kontrakts- eller samordningsbetingelserne i den nævnte bestemmelse;

b) det er imidlertid ikke udelukket, at nævnte artikel finder anvendelse, dersom flere virksomheders samordnede brug af et eller flere varemærker skulle føre til en situation, der kan falde ind under begreberne aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammen-

slutninger af virksomheder eller samordnet praksis efter betydningen i artikel 85, stk. 1.

Med hensyn til den anden mulighed, hvor de påberåbte rettigheder kun afledes af en kontrakt, hvis eneste formål og virkning er at skaffe erhververen eller licenshaveren beskyttelse efter den nationale lovgivning, som gælder for den retmæssige mærkeindehaver, er situationen efter min mening næsten parallel, for ikke at sige identisk med den, der foreligger i den første mulighed, som jeg lige har omtalt.

Dersom kontrakten udelukkende har til formål eller virkning at gøre det muligt for køberen at opnå de rettigheder, som den nationale varemærkelovgivning hjemlede eller kunne have hjemlet den oprindelige indehaver af varemærket, og dersom den kun kan betragtes isoleret, kan køberens retsstilling nemlig i høj grad sidestilles med den oprindelige indehavers.

I så fald kan den indgåede aftale ikke i sig selv falde ind under den kategori af aftaler, der sigtes på ved traktatens artikel 85, stk. 1, og det er kun i det tilfælde, hvor tilnærmelsen til andre aftaler betyder, at der fremstår en samordnet adfærd mellem virksomheder, at det må spørges, om den pågældende samordnede adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og har til formål eller virkning at forstyrre den frie konkurrence.

De problemer, som knytter sig til den tredje mulighed, som jeg lige har nævnt, er betydeligt vanskeligere.

Det er den mulighed, hvor kontrakten om endelig overdragelse af eller licens på varemærket — dels betragtet for sig, dels undersøgt i forbindelse med andre kontrakter indgået mellem de samme kontraktsparter eller med parallele kontrakter, som forpligter de oprindelige mærkeindehavere over for andre erhververe eller licensindehavere — har et formål eller en virkning, som går videre end til blot at tildele erhververne eller licensindehaverne rettighederne og forpligtelserne ifølge de nationale lovgivninger.

I så henseende er der i Domstolens praksis allerede faldet visse udtalelser, som Domstolen måske vil finde det hensigtsmæssigt at præcisere og komplettere i anledning af nærværende sag.

Domstolen statuerede allerede i Grundigdommen, at når en kontrakt om varemærkelicens (og det samme ræsonnement gælder »mutatis mutandis« for en kontrakt om overdragelse) er snævert forbundet med en eneforhandlingsaftale, er gyldigheden af sidstnævnte kontrakt i forhold til artikel 85, stk. 1 afgørende for, om selve kontrakten om mærkelicens er gyldig.

Men bør der ikke gås lidt videre i dag?

Det er blevet hævdet, at den kontraktsmæssige stilling, som Sirena kan eller kunne påberåbe sig, falder ind under artikel 85.

Selskabet Novimpex gør nemlig gældende, at den omtalte kontraktsmæssige stilling, både individuelt betragtet og sammenholdt med parallelkontrakten indgået af Mark Allen med franske, belgiske, hollandske og tyske firmaer, afslører, at der foreligger aftaler eller vedtagelser eller i det mindste samordnet praksis, som forbydes ved ovennævnte traktatbestemmelse.

I så henseende henvises der navnlig til en skrivelse af 11. juli 1969 fra firma Mark Allen til indehaveren af mærket Prep i Forbundsrepublikken Tyskland.

Det fremgår af den pågældende skrivelse, at Mark Allen mener at have overdraget »exclusive distributions rights« til franske, belgiske, hollandske, tyske og italienske firmaer, og — jeg citerer — at »the rights for

the sale and distribution of Prep under Prep trade mark in Italy is (sic) the exclusive rights and licence of Sirena« (rettighederne til salg og forhandling i Italien af Prep under mærket Prep er omfattet af de enerettigheder og den licens, som er overdraget Sirena), hvilken udtalelse — set i sammenhæng med andre passager i samme skrivelse — ifølge Novimpex viser, at Mark Allens overdragelse af varemærkerne indebærer forbud mod eksport til et land, hvortil det pågældende mærke også er overdraget, selv om dette land er medlem af fællesmarkedet.

Det er min opfattelse, at Domstolen ikke under en procedure på grundlag af traktatens artikel 177 og i betragtning af de stillede spørgsmåls affattelse kan gå ind på en realitetsafgørelse vedrørende denne argumentation.

Men nødsages Domstolen ikke til at give den italienske ret nogle oplysninger vedrørende den fortolkning af fællesskabsretten, som den eventuelt må foretage for at løse netop dette omtvistede problem i den sag, retten har fået forelagt?

Det mener jeg faktisk, og min opfattelse forstærkes af, at Kommissionen under en sag ved samme ret har haft lejlighed til at tage stilling til et problem, som ligger temmelig nær op ad det, der er rejst i nærværende sag.

Det drejer sig om en sag om en import af elektriske barbermaskiner af mærket Remington, der blev foretaget af et importfirma, som mærkeindehaveren i Italien, og selskabet »Remington Rand Italia«, der fremstillede produktet, søgte at modsætte sig.

Kommissionen, der blev inddraget i sagen, forklarede ifølge Fællesskabernes bulletin nr. 8 af 1969, s. 40—42, de interesserede firmaer følgende (citat): »Aftalen om tildeling af licens for varemærket gjorde det, *således som parterne havde fortolket og anvendt den,* berettiget at fremføre visse forbehold med hensyn til foreneligheden med traktatens artikel 85. Den brug, der var blevet gjort heraf over for parallelimportøren, kunne nemlig ikke rammes som eftergørelse, da de elektriske barbermaskiner, som parallelimportøren havde importeret til Italien, lovligt bar det autentiske Remingtonmærke, men tilsigtede at forhindre ham i at importere barbermaskiner til Italien fra andre af fællesmarkedets lande. Den således anvendte aftale, der sikrede selskabet Remington Rand Italia en absolut områdebeskyttelse, påvirkede samhandelen mellem medlemsstater og begrænsede konkurrencen med hensyn til de pågældende produkter, idet der forfulgtes formål, som var varemærkets egentlige funktion vedkommende«.

Situationen er ganske vist en smule anderledes i nærværende sag, for selskabet »Remington Rand Italia« var et datterselskab af det amerikanske selskab, hvilket ikke synes at være tilfældet for Sirenas vedkommende. Men Tribunale di Milano, som utvivlsomt kender denne afgørelse, er måske — selv om en transaktion mellem parterne efter Kommissionens stillingtagen har fritaget den fra at drage slutningerne heraf — overrasket over, at Domstolen ikke giver nogen oplysning fra sig, der kan sætte den i stand til at finde ud af, om de principper for fortolkning af fællesskabsretten, som Kommissionens holdning var udtryk for i ovennævnte sag, forekommer Domstolen retligt begrundet.

Jeg foreslår derfor Domstolen, at den i det mindste kort giver den italienske ret oplysning om rækkevidden af de fællesskabsbestemmelser, som den måske nødsages til at tage hensyn til for at vurdere værdien af Novimpex' argumentation.

I så henseende er det min opfattelse, at Domstolen kan begrænse sig til fire overvejelser, hvoraf flere kan udledes af Domstolens tidligere domme:

1. Aftaler eller samordnet praksis, der tilsigter at opdele markederne inden for Fællesskabet, forfølger — hvis de påvirker samhandelen inden for medlemsstaterne og har til formål eller virkning at begrænse konkurrencen vedrørende de pågældende produkter — formål, der er uvedkommende for varemærkets egentlige funktion, og fratager følgelig mærkeindehaveren den beskyttelse, som han nyder ifølge dels kontrakten dels nationale lovbestemmelser.

Det er i realiteten det princip, som blev knæsat i Grundig-dommen.

2. For at vurdere formål og virkninger af kontraktsbestemmelser eller samordnet praksis i forhold til traktatens artikel 85, stk. 1, skal retten ikke blot tage stilling til dem isoleret, men den skal også tage i betragtning, at der findes andre kontrakter eller mulige andre bånd mellem kontraktsparterne, samt lignende kontrakter, i det omfang alle disse kontrakter eller den pågældende praksis kan begrænse konkurrencen.

Også dette er blevet statueret i en dom, jf. »Société Brasserie de Haecht« af 12. december 1967, Sml. 1965—1968, s. 421.

3. For at afgøre, om aftaler eller samordnet praksis med en områdebeskyttelse påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og har til formål eller virkning at begrænse eller fordreje konkurrencen, skal retten tage hensyn til den faktiske sammenhæng, hvori de pågældende aftaler eller former for samordnet praksis indgår, navnlig til markedsandelen for brugerne af de pågældende produkter i den zone, som områdebeskyttelsen gælder.

Også dette har Domstolen statueret, jf. Franz Völk-dommen af 9. juli 1969, Sml. 1969, s. 69.

4. Efter min opfattelse bør Domstolen endelig ved besvarelsen af det første spørgsmål fra Tribunale di Milano tilføje, at artikel 85, ligesom i øvrigt traktatens artikel 86, kan finde anvendelse, selv om de kontrakter, der er årsag til den opståede tvist, ligger før traktatens eller fællesskabslovgivningens ikrafttræden, når disse kontrakter har retsvirkninger ud over det nævnte ikrafttrædelsestidspunkt.

Den kendsgerning, at aftaler, som kan falde ind under artiklerne 85 og 86, er indgået tidligere eller senere i forhold til traktaten eller fællesskabslovgivningen, har efter min opfattelse kun virkning for de kontraherende parters forpligtelser over for Kommissionen og for den kompetence, som denne kan udøve med hensyn til kontrakterne.

Derimod har den ingen virkning på anvendelsen af artikel 85, stk. 1 og artikel 86 hvad angår retsvirkningerne af de nævnte kontrakter fra efter traktatens eller den afledte fællesskabslovgivnings ikrafttræden.

III.

Det står herefter kun tilbage at behandle det tredje punkt i det svar, som jeg foreslår Domstolen at give den italienske ret, og som efter min opfattelse bør indeholde visse oplysninger til retten med hensyn til den måde, hvorpå udøvelsen af mærkeretten kan blive berørt af traktatens artikel 86.

På dette punkt vil jeg foreslå Domstolen at fatte sig i korthed på samme måde som i Parke Davis-dommen, som behandler det samme spørgsmål men med udgangspunkt i patentretten.

Ganske vist vil Domstolen på et eller andet tidspunkt få lejlighed til at præcisere og navnlig træffe en afgørelse med hensyn til begrebet dominerende stilling på baggrund af, hvad der i nutidig angelsaksisk kartelretsterminologi kaldes »the relevant market«.

Af to grunde mener jeg imidlertid ikke, at Domstolen skal gøre dette i dag: *dels* fordi den italienske ret ikke har rejst spørgsmål herom og, skønt den nævner artikel 86 i sit spørgsmål, navnlig — således som hele spørgsmålets affattelse viser — har sigtet på artikel 85; *dels* fordi omstændighederne omkring forelæggelsen for Domstolen inden for rammerne af traktatens artikel 177 gør det vanskeligt at undersøge de talrige spørgsmål, som en definition af begrebet »relevant market« medfører.

Med støtte i Grundig- og Parke Davis-dommene foreslår jeg derfor Domstolen blot at give følgende oplysninger:

Forbudet i traktatens artikel 86 hviler altså på tre betingelser: en dominerende stilling, misbrug af denne og mulighed for, at samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes heraf.

Selv om varemærketten yder sin indehaver særlig beskyttelse i en stat, følger det dog ikke heraf, at udøvelsen af de således tilståede rettigheder er ensbetydende med en opfyldelse af de tre omhandlede betingelser.

For at dette skulle være tilfældet, måtte brugen af mærketten udarte til misbrug af den nævnte beskyttelse.

Da eksistensen af en mærket for øjeblikket kun omfattes af national lov, er det følgelig alene anvendelsen heraf, der kan henføres under fællesskabsretten, når denne anvendelse er et led i en dominerende stilling, som i tilfælde af misbrug kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

Jeg foreslår derfor, at Domstolen kender for ret:

1. De rettigheder, som i en medlemsstats lovgivning indrømmes mærkeindehaverne, berøres ikke i deres eksistens af forbudene i traktatens artikler 85, stk. 1, og 86. Imidlertid kan et misbrug af disse rettigheder, som rækker ud over formålet med deres anerkendelse, ikke bevirke, at fællesskabsrettens bestemmelser på konkurrenceområdet sættes ud af kraft.

   De overenskomster, hvorved en virksomhed definitivt eller for et begrænset tidsrum overdrager eneretten til brugen af et varemærke i en medlemsstat, opfylder ikke eo ipso de betingelser, der er afgørende for, om der foreligger en krænkelse af fællesmarkedet efter betydningen i traktatens artikel 85, stk. 1. Med forbehold af bestemmelserne i artikel 85, stk. 3, kan de imidlertid, uanset tidspunktet for deres indgåelse, falde ind under de i artikel 85, stk. 1, indeholdte forbud, såfremt de, enten isoleret betragtet eller i forbindelse med andre aftaler, ser ud til, på grundlag af en række objektive retlige og faktiske omstændigheder, at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater og enten har til formål eller til virkning at ændre, begrænse eller fordreje konkurrencen.

3. Udøvelsen af de rettigheder, som en medlemsstats lovgivning indrømmer mærkeindehaverne, rammes ikke i sig selv af traktatens artikel 86, når der ikke foreligger misbrug af en dominerende stilling.